CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 454/13.02.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6031/14.02.2018, depusă de SC ... SA, cu sediul în ..., CUI RO..., înregistrata la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată de ... - jurist, privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„servicii de telefonie mobilă”*, s-a solicitat:

- în principal, anularea adresei de comunicare nr. 160/23.01.2018 prin care s-a hotărât respingerea ofertei SC ... SA și, în consecință, reevaluarea ofertelor;
- în subsidiar, anularea procedurii.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SA critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, apreciind că motivul invocat pentru aceasta, și anume faptul că nu a fost constituită garanția de participare la suma solicitată, este disproporționat față de scopul constituirii garanției de participare.

În fapt, contestatoarea arată că, urmare a publicării de către autoritatea contractantă a anunțului de participare nr. 181187/06.12.2017 cu privire la furnizarea de servicii de telefonie mobilă și a stabilirii garanției de participare la o valoare de 1% din valoarea fără TVA a celui mai mare contract subsecvent, respectiv de 653.928 lei, fără TVA, în termen legal, a constituit garanția de participare aferentă sumei menționată de autoritatea contractantă.

Ulterior, contestatoarea a primit din partea autorității o solicitare de clarificări având ca obiect neconstituirea garanției de participare la suma solicitată, ocazie cu care a constatat că valoarea garanției de participare fusese modificată, valoarea contractului subsecvent fiind furnizată, inițial, în mod eronat. Astfel, s-a constata că valoarea inițială a garanției de participare fusese modificată după o perioadă de 6 zile de la data publicării documentației de atribuire, respectiv la data de 12.12.2018.

Ca urmare a primirii solicitării de clarificări, contestatoarea a procedat la plata diferenței de 938 lei.

Contestatoarea solicită să se aibă în vedere că a constituit garanția de participare la valoarea declarată inițial în mod oficial de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, iar diferența plătită ulterior, în urma modificării solicitate, este una minoră în raport cu valoarea garanției de participare deja achitată și prezentată la data depunerii ofertelor.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 137 alin. 92) lit. a) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora oferta este considerată inacceptabilă dacă prin răspunsul transmis nu se clarifică eventualele neconcordanțe prevăzute la art. 132 alin. (3).

Contestatoarea consideră că, prin răspunsul oferit în termenul solicitat, a completat cuantumul garanției de participare la valoarea solicitată ulterior anunțului de participare și a clarificat neconcordanța sesizată de autoritatea contractantă. Prin urmare, a fost făcută dovada constituirii garanției de participare cu respectarea termenului limită impus, ulterior fiind completată valoarea inițială cu o valoare minoră. Această completare de plată a unei diferențe infimă nu aduce nicio modificare esențială, de impact, care să-i ofere vreun avantaj, ci, dimpotrivă, este un viciu de formă în sensul art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016. Per a contrario, modificarea survenită nu produce dezavantaje unui alt operator economic, aceasta reprezentând doar o completare minoră a sumei depusă inițial de către ... SA. Prin urmare, contestatoarea consideră că a depus toate diligențele în satisfacerea cerințelor autorității contractante, demonstrând bună-credință.

În ceea ce privește modalitatea de corespondență a autorității contractante cu ... SA, contestatoarea arată că, practica a demonstrat că, pentru orice modificare sau neînțelegere survenite pe parcursul desfășurării procedurii, autoritatea contractantă a recurs la transmiterea adreselor de clarificare, adrese care sunt publicate în SEAP într-o locație diferită față de cea a eratelor. Astfel, având în vedere faptul că modalitatea de comunicare cu ofertanții practicată de autoritatea contractantă era aceea de transmitere a solictărilor de clarificări, era firesc și de bună credință ca aceste modificări să fi fost transmise către ofertanți și prin adrese de clarificare.

În drept, contestatoarea arată că își întemeiază demersul pe dispozițiile Legii nr. 101/2016 și ale Legii nr. 98/2016.

În probațiune, se depun, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 3552/IM/21.02.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 7292/22.02.2018, autoritatea contractantă a solicitat respingerea, în totalitate, a contestației ... SA și menținerea ca temeinice și legale a prevederilor procesului-verbal nr. 1522/IM/23.01.2018 și ale comunicării nr. 1601/IM/23.01.2018. În susținere, precizează următoarele:

1. prin procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 1141/IM/17.01.2018, comisia de evaluare a hotărât să solicite clarificări ... SA având în vedere că aceasta nu a constituit garanția de participare pentru suma solicitată;

2. ofertantul ... SA a postat în SEAP, cu nr. OP0025265/039/19.01.2018, ordinul de plată nr. 1/19.01.2018 prin care a achitat suma de 938 lei la Banca ..., reprezentând diferența dintre suma de 6.539 lei constituită de aceasta până la data limită de depunere a ofertelor și 7.477 lei, solicitată de autoritatea contractantă;

3. prin procesul-verbal nr. 1522/IM/23.01.2018, comisia de evaluare a constata că ofertantul ... SA nu a constituit în totalitate garanția de participare până la data de 16.01.2018, ora 18:00, data limită pentru depunerea ofertelor și, în consecință, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. 92) lit. a) din HG nr. 395/2016 a hotărât respingerea ca inacceptabilă a ofertei depuse de acesta;

4. anunțurile de tip erată au fost publicate atât în SEAP cât și în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, putând fi consultate de orice operator economic interesat;

5. nu există o prevedere legală care să oblige autoritatea contractantă să comunice operatorilor economici actele procedurii prin alte modalități decât prin SEAP; de altfel, la momentul publicării eratei, nici nu avea cum să transmită altfel de comunicări în alt format decât cel din SEAP deoarece nu se cunoștea identitatea potențialilor ofertanți

6. raportat la art. 135 din HG nr. 395/2016 ar fi încălcat principiul tratamentului egal, deoarece alți operatori economici au depus garanția de participare în suma solicitată, lipsa de diligență a contestatoarei neputând fi suplinită prin completarea garanției de participare după termenul legal.

În probațiune, autoritatea depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect *„servicii de telefonie mobilă”*, publicând în SEAP anunțul de participare nr. 181187/06.12.2017, criteriul de atribuire stabilit fiind *„prețul cel mai scăzut”*, cu o valoare estimată cuprinsă între 1.918.146 lei și 2.346.822 lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ... SA prin adresa nr. 160/IM din 23.01.2018, în care se arată că

oferta acestei societăți a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece, la data limită de depunere a ofertelor, nu a constituit garanția de participare în cuantum de 7.477 lei.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SA a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- în principal, anularea adresei de comunicare nr. 160/23.01.2018 prin care s-a hotărât respingerea ofertei SC ... SA și, în consecință, reevaluarea ofertelor;

- în subsidiar, anularea procedurii.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge ca inacceptabilă oferta SC ... SA pentru motivul evocat în adresa nr. 160/IM din 23.01.2018, Consiliul reține că până la data limita de depunere a ofertelor, această societate a constituit garanția de participare în valoare de 6.539 lei, prin scrisoarea de garanție bancară nr. 420 din 20.12.2017. Este de reținut că această valoare a garanției de participare a fost stabilită în acord cu prevederea punctului III.1.1) din anunțul de participare, conform căreia garanția de participare este de 1% din valoarea fără TVA a celui mai mare contract subsecvent, respectiv această garanție are valoarea de 6.539 lei.

Prin anunțul tip erată nr. 117504 din 11.12.2017, autoritatea contractantă a modificat valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, și implicit valoarea garanției de participare care a devenit 7.477 lei.

Prin adresa nr. 1179/IM din 17.01.2018, autoritatea contractantă a cerut SC ... SA, în conformitate cu prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, dat fiind faptul că aceasta nu a constituit garanția de participare în cuantumul prevăzut în anunțul tip erată nr. 117504 din 11.12.2017, să prezinte clarificări cu privire la cuantumul garanției de participare, în maximum 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

SC ... SA a postat în SEAP răspunsul său în data de 19.01.2018, răspuns înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 1360 din 22.01.2018, în sensul că transmite atașat OP-ul cu diferența de plată de 938 lei, în contul garanției de participare. Anexat acestui răspuns se regăsește transmis autorității contractante ordinul de plată nr. 1 ref 041EPOT180190151, operat în data de 19.01.2018, pentru suma de 938 lei, reprezentând diferență garanția de participare procedură, având ca beneficiar AN Apele Romane.

Drept urmare, autoritatea contractantă a luat decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei SC ... SA, deoarece, la data limită de depunere a ofertelor, nu a constituit garanția de participare în cuantum de 7.477 lei.

Potrivit dispozițiilor art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, *„În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, eventualele neconcordanţe cu privire la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, inclusiv*

cele privind cuantumul şi valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanţii în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, sub sancţiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă."

Văzând posibilitatea acordată de legiuitor în sensul clarificării neconcordanțelor cu privire la cuantumul garanției de participare, Consiliul stabilește că o astfel de eventuală neconcordanță este și greșita valoare a acestei garanții constituită de un participant la procedură, raportat la valoarea stabilită de autoritatea contractantă prin documentele achiziției. Astfel, o eventuală clarificare referitor la cuantumul garanției nu ar putea să constea din simple explicații, fără finalitate pentru ofertantul în cauză, așa cum rezultă din atitudinea autorității contractante față de clarificarea pe care a cerut-o SC ... SA și față de răspunsul acesteia, concretizat în suplimentarea valorii garanției de participare până la cuantumul corect impus prin documentația de atribuire.

Este evident că posibilitatea acordată de legiuitor în vederea clarificării, cu ofertantul, a eventualelor neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condiţiilor de formă ale garanţiei de participare, inclusiv cele privind cuantumul şi valabilitatea, trebuie să aibă și un scop, respectiv acela de înlăturare a acestor neconcordanțe, în cazul cuantumului garanției de participare, finalitatea urmărită fiind aceea ca autoritatea contractantă să fie în posesia instrumentului prin care se constituie o garanție de participare în cuantumul stabilit de aceasta prin documentația de atribuire.

În speța analizată, deși prin adresa nr. 1179/IM din 17.01.2018, autoritatea contractantă a invocat prevederile art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, nu a cerut ofertantei decât să prezinte clarificări privind cuantumul garanției sale de participare, așa cum a fost prezentată la depunerea ofertei.

Chiar și în condițiile în care adresa de clarificare, emisă de autoritatea contractantă, nu a avut un conținut specific, Consiliul stabilește că demersul ofertantei de a suplimenta valoarea garanției sale de participare este unul corect, ce ar fi trebuit primit de către autoritate, în vederea producerii de efecte juridice ale demersului acesteia din urmă de a clarifica acest aspect, în acord cu prevederea legală citată.

Având în vedere că autoritatea contractantă a ignorat conduita ofertantei contestatoare, care a înțeles să înlăture neconcordanța privind cuantumul garanției sale de participare, prin suplimentarea valorii acestuia, Consiliul stabilește nelegalitatea deciziei luate cu privire la oferta SC ... SA, decizie luată cu încălcarea scopului urmărit de legiuitor prin prevederea de la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Așa cum se reținea mai înainte, autoritatea contractantă a decis respingerea ca inacceptabilă a ofertei SC ... SA în baza art. 137 alin. (2) lit. a) din HG nr. 395/2016, care stabilește că oferta este considerată inacceptabilă în situaţia în care prin răspunsul transmis nu clarifică eventualele neconcordanţe prevăzute la art. 132 alin. (3) sau nu a depus dovada constituirii garanţiei de participare la data-limită de depunere a ofertelor.

Or, în cauza analizată, nu se poate reține niciuna dintre cele două situații de respingere a ofertei, deoarece SC ... SA a depus dovada constituirii garanției de participare la data-limită de depunere a ofertelor, iar răspunsul său la clarificarea cerută de autoritatea contractantă a fost concludent, raportat la prevederea art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și la finalitatea urmărită de legiuitor prin instituirea posibilității prevăzute în acest text de lege.

Cât privește faptul că garanția de participare a fost constituită inițial prin scrisoare de garanție bancară, iar suplimentarea cuantumului acesteia s-a realizat prin virament bancar în contul autorității contractante (ordin de plată), Consiliul constată că ambele forme de constituire sunt prevăzute de autoritatea contractantă în anunțul de participare, punctul III.1.1).

Consiliul constată că este respectată și condiționarea temporală, prevăzută la art. 132 alin. (3) din HG nr. 395/2016, respectiv clarificarea, de către autoritate, a eventualelor neconcordanțe în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor, dat fiind faptul că data limită de depunere a ofertelor a fost 16.01.2018, clarificarea autorității a fost emisă în 17.01.2018, iar răspunsul SC ... SA a fost postat în SEAP în data de 19.01.2018.

În concluzie, Consiliul stabilește nelegalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta SC ... SA.

Consiliul nu reține în soluționare pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal, prin acceptarea remedierii garanției de participare constituită de SC ... SA, deoarece manifestarea unei conduite impuse de lege (art. 132 alin. 3 din HG nr. 395/2016 - *„eventualele neconcordanţe ..., se vor clarifica de către comisia de evaluare")* nu poate fi apreciată chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant, cu încălcarea implicită a principiului tratamentului egal.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită capătul de cerere principal din contestația depusă de SC ... SA, și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondat capătul de cerere subsidiar din contestația depusă de SC ... SA, vizând anularea procedurii, deoarece în speță nu se identifică motive de fapt și de drept pentru care să fie luată măsura

extremă a anulării întregii proceduri competiționale, actele atacate prin prezenta contestație putând fi remediate.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite capătul de cerere principal din contestația depusă de SC ... SA în contradictoriu cu ....

Anulează actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere subsidiar, din contestația depusă de SC ... SA, vizând anularea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.